

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StGB § 263

1. Auch bei einer freihändigen Vergabe mit Angebotsanfragen durch öffentliche oder private Auftraggeber an zumindest zwei Unternehmer enthält die Angebotsabgabe regelmäßig die schlüssige (konkludente) Erklärung, daß dieses Angebot ohne eine vorherige Preisabsprache zwischen den Bietern zustande gekommen ist.
2. Bei wettbewerbswidrigen Preisabsprachen umfaßt der Betrugsschaden die absprachebedingten Preisaufschläge.

BGH, Urteil vom 11. Juli 2001 - 1 StR 576/00 - LG München I



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 576/00

vom

11. Juli 2001

in der Strafsache

gegen

wegen Betruges

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 10. Juli 2001 in der Sitzung am 11. Juli 2001, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Schäfer

und die Richter am Bundesgerichtshof  
Nack,  
Dr. Kolz,  
Hebenstreit,  
Schaal,

Bundesanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 30. Mai 2000 wird verworfen.

Der Angeklagte trägt die Kosten des Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in zwei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist, und zu einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 300 DM verurteilt. Die auf mehrere Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat keinen Erfolg.

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte als Vertreter des Bauunternehmens H. & Wo. AG anlässlich der Vergabe von Aufträgen der Flughafen München GmbH (FMG), die sich zu 100 % in öffentlicher Hand befindet, in zwei Fällen an rechtswidrigen Preisabsprachen beteiligt.

1. Fall: Die FMG erteilte am 7. und 18. Juli 1989 der H. & Wo. AG zwei Aufträge zur Erweiterung des Rollbahnsystems Süd und Nord des Flughafens München II in Höhe von ca. 1,8 und 19,2 Millionen DM.

Den Auftragserteilungen war eine Submission der Arbeiten durch die FMG vorausgegangen, an der sich neben der H. & Wo. AG auch fünf weitere Bauunternehmen beteiligt hatten.

Um der H. & Wo. AG den Erhalt der Aufträge zu sichern, hatte der Angeklagte mit Vertretern der übrigen Firmen verabredet, daß sein Unternehmen "herausgestellt" werden und das niedrigste Angebot einreichen sollte, während die anderen höhere Schutzangebote abgeben sollten. Als Ausgleich wurden für diese Firmen Abstandszahlungen in Höhe von insgesamt 800.000 DM vereinbart. Diese wurden in der Kalkulation der H. & Wo. AG berücksichtigt. Ohne Absprache wären sie nicht anbotserhöhend eingerechnet worden. Auf der Grundlage dieser Absprache hatte der Angeklagte veranlaßt, daß von der H. & Wo. AG Angebote mit dem abgesprochenen Preis abgegeben wurden. Auch die übrigen Firmenvertreter hielten sich an das geschlossene Abkommen und täuschten stillschweigend vor, daß die von ihnen abgegebenen Angebote im Wettbewerb zustande gekommen seien. Nach Abgabe der Angebote wurden zwischen der FMG und den Bietern Gespräche geführt, die zu einem pauschalen Abschlag in Höhe von 1 % der Angebotssumme führten. Außerdem verzichtete die H. & Wo. AG entsprechend ihrer Ankündigung vom 26. April 1989 auf die Durchsetzung einer streitbefangenen Forderung aus einem anderen Bauvorhaben in Höhe von 807.500 DM.

Beide Aufträge wurden nach erfolgter Schlußrechnung von der FMG bezahlt. Die Firma H. & Wo. AG hat die den übrigen Firmen zugesagten Abstandszahlungen erbracht.

2. Fall: Die FMG erteilte am 25. Januar 1990 der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Ho. den Auftrag "57 Meter-Streifen" im Vorfeld West in Höhe von ca. 9,6 Millionen DM (Bauvorhaben HO 594) und der "ARGE B.

", der die H. & Wo. AG angehörte, den Auftrag "Vorfeld Fracht/Wartung" in Höhe von ca. 50,6 Millionen DM (Bauvorhaben HO 593).

Den Auftragserteilungen war vorausgegangen, daß die FMG diese beiden ARGEN zu Angeboten für jeweils beide Bauvorhaben aufgefordert hatte. Sie wollte zwischen beiden ARGEN einen Wettbewerb und erwartete daher, daß die ihr gemachten Angebote echte Wettbewerbspreise darstellten.

Die Firmenvertreter sämtlicher beteiligter Firmen, darunter auch der Angeklagte, verabredeten, daß die ARGE B. den Auftrag HO 593 und die ARGE Ho. den Auftrag HO 594 erhalten solle. Die jeweils andere ARGE sollte ein höheres Schutzangebot abgeben. Das Landgericht hat im Zusammenhang hiermit ausgeführt (UA S. 16, 17):

"S. (ein Vertreter der Firma Ho. ) forderte nun, daß jeder der beiden bei der Absprache vertretenen ARGEN aus beiden Aufträgen einen gleich hohen Geschäftskostenanteil erhalten solle. Hiermit erklärten sich die übrigen Firmenvertreter grundsätzlich einverstanden. Es wurde beschlossen, daß ausgehend von 8 % Geschäftskosten und von einem 40 Millionen höheren Auftragsvolumen der B. ARGE, die ARGE Ho. Abstandszahlungen in Höhe noch zu stellender Scheinrechnungen erhalten solle. Anschließend wurde besprochen, welche Zuschläge auf die errechneten Herstellungskosten gemacht werden. Man einigte sich darauf, daß ein Zuschlag von 1,5 % für ‚Freunde‘ eingerechnet werde. Weiterhin schlug der anderweitig Verfolgte W. vor, einen Zuschlag in Höhe von 3 % für ‚Freude am Bauen‘ zu machen. Wie die Bezahlung der Abstandszahlungen wurde auch der weitere Zuschlag von den übrigen Firmenvertretern akzeptiert. Ohne die Absprache wären diese Zuschläge nicht möglich gewesen. Nachdem die ARGE Ho. jedoch an die Preise bei dem vorhergehenden nicht abgesprochenen Auftrag (Vorfeld West)

gebunden war, beschlossen die Firmenvertreter die für den Auftrag ‚57 Meter-Streifen‘ errechneten Zuschläge in Höhe von 450.000 DM bei dem Auftrag ‚Vorfeld Fracht-Wartung‘ mit einzurechnen. Die ARGE Ho. sollte diese Summe dann der B. ARGE zusammen mit dem errechneten Geschäftskostenausgleich in Rechnung stellen. Die beiden Bietergemeinschaften gaben daraufhin ihre Angebote ab ... Das Angebot der B. ARGE war hierbei aufgrund der Absprache und den vereinbarten Zuschlag in Höhe von 4,5 % aus beiden Auftragssummen sowie um die noch zu stellenden zwei Scheinrechnungen in Höhe von ca. 2,3 Mio. DM brutto überhöht.“

An anderer Stelle (UA S. 18) hat das Landgericht ausgeführt: “Der FMG entstand aufgrund der Preisabsprache ein Schaden in Höhe von insgesamt ca. 5 Mio. DM (4,5 % aus beiden Auftragssummen, also ca. 2,7 Mio. DM und die beiden bezahlten Scheinrechnungen in Höhe von ca. 2,3 Mio. DM)“.

Nach Abgabe der Angebote wurden zwischen der FMG und den Bietern Gespräche geführt, die zu einem pauschalen Abschlag in Höhe von 1 % der Angebotssumme führten. Außerdem wurde ein weiterer Nachlaß in Höhe von ca. 1,952 Millionen DM gewährt. Beide Aufträge wurden nach erfolgter Schlußrechnung von der FMG bezahlt. Die ARGE B. hat die der anderen ARGE zugesagten Abstandszahlungen erbracht.

## II.

Die Revision des Angeklagten rügt die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Die Verurteilungen wegen Betruges in zwei Fällen gemäß § 263 StGB begegnen keinen rechtlichen Bedenken.

a) Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts liegt in beiden Fällen eine Täuschungshandlung im Sinne des Betrugstatbestandes vor.

Der Angeklagte hat mit seinen Mittätern durch die Abgabe voneinander abweichender Angebote die Mitarbeiter der FMG darüber getäuscht, daß die Angebote nicht im Wettbewerb zustande gekommene Preise enthalten, sondern in Wahrheit die Preise abgesprochen und von den Teilnehmern der Absprache durch Schutzangebote abgesichert wurden.

Sowohl bei einer förmlichen öffentlichen Ausschreibung als auch bei einer freihändigen Vergabe mit Angebotsanfragen durch öffentliche oder private Auftraggeber an zumindest zwei Unternehmer enthält die Angebotsabgabe vor dem gesetzlichen Hintergrund der Regelung in § 1 GWB regelmäßig die schlüssige (konkludente) Erklärung, daß dieses Angebot ohne eine vorherige Preisabsprache zwischen den Bietern zustande gekommen ist. Denn die Abgabe voneinander abweichender Angebote erweckt regelmäßig den Eindruck, jeder Unternehmer habe selbständig und unabhängig von dem anderen kalkuliert (vgl. schon OLG Hamm NJW 1958, 1151, 1152).

Dies ist für Angebote im Rahmen einer öffentlichen Submission oder Ausschreibung anerkannt (vgl. BGHSt 16, 367, 371; Cramer in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 16f; Satzger, Der Submissionsbetrug, 1994, S. 60; Oldigs, Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung von Submissionsabsprachen, 1998, S. 61 m.w.N.). Ein solcher Erklärungsinhalt ergibt sich aus dem Umstand, daß die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, in der im Wettbewerb verschiedener Anbieter der Marktpreis für eine bestimmte Leistung ermittelt werden soll, zum Ausdruck bringt,



deren tragende Säule (vgl. § 2 und § 25 VOB/A) – sich an keiner unlauteren Absprache beteiligt zu haben – anzuerkennen.

Für die Fälle der freihändigen Vergabe, denen eine Anfrage an zumindest zwei Unternehmer vorangegangen ist, gilt entgegen der Ansicht der Revision nichts anderes. Eine solche freihändige Vergabe ohne förmliches Verfahren bedeutet nämlich nicht, daß dabei nicht auch ein Wettbewerb stattfindet (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam VOB 9. Aufl. 2000, VOB/A § 3 Rdn. 35). Vielmehr erwartet auch hier der Auftraggeber, daß ein Wettbewerb erfolgt. Andernfalls hätte er nicht mehrere Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert. Von einer solchen, dem Anbieter bekannten Erwartung des Auftraggebers muß um so mehr ausgegangen werden, als § 1 GWB derartige Absprachen verbietet. Damit stimmt insoweit auch die zur Tatzeit noch geltende Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 6. März 1972 (BGBl. I S. 293) überein. Ebenso knüpft auch die neu eingeführte Strafvorschrift des § 298 StGB über wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen an die Rechtswidrigkeit von Absprachen an, die gegen das Kartellverbot in § 1 GWB bzw. §§ 1, 25 GWB aF verstoßen. § 298 Abs. 2 stellt die Abgabe von auf Absprachen beruhenden Angeboten unter Strafe, wenn sie im Rahmen einer freihändigen Vergabe nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb erfolgt.

b) Aufgrund der Täuschung haben die Mitarbeiter der FMG darüber geirrt, daß es sich bei den Angebotspreisen nicht um Wettbewerbspreise handelte. Die Einlassung des Angeklagten, wegen des Prüfberichts vom 3. Juli 1989 habe die FMG erkennen müssen, daß eine Absprache vorlag und deshalb nicht getäuscht werden können, hat das Landgericht mit der rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung widerlegt, der Verdacht sei “in den Augen der Mitglie-

der des Vergabeausschusses als reine Vermutung" angesehen worden. Ein Irrtum im Sinne des § 263 StGB ist nicht nur gegeben, wenn der Getäuschte von der Gewißheit der behaupteten Tatsache ausgeht, sondern auch dann, wenn er trotz gewisser Zweifel die Vermögensverfügung trifft, wenn er also die Möglichkeit der Unwahrheit für geringer hält (BGH wistra 1990, 305).

c) Auf Seiten der FMG ist auch in beiden Fällen ein Vermögensschaden entstanden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht beim Eingehungsbetrug in Form des sog. Ausschreibungs- oder Submissionsbetrugs der Vermögensschaden in der Differenz zwischen der vertraglich vereinbarten Auftragssumme und dem Preis, der bei Beachtung der für das Auftragsvergabeverfahren geltenden Vorschriften erzielbar gewesen wäre (BGHSt 38, 186, 190 ff. = NJW 1992, 921; BGH NJW 1995, 737 = wistra 1994, 346, 347; NJW 1997, 3034, 3038 = wistra 1997, 336, 340; a.A. Cramer in Schönke/Schröder StGB § 263 Rdn. 137a m.w.N.); der erzielbare Preis ist der erzielte Preis abzüglich der absprachegemäß bedingten Preisaufschläge. Dabei sind Schmiergeldzahlungen und Ausgleichszahlungen (an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmer gezahlte Abstandssummen) nahezu zwingende Beweisanzeichen dafür, daß der ohne Preisabsprache erzielbare Preis den tatsächlich vereinbarten Preis unterschritten hätte.

Nichts anderes gilt in den Fällen freihändiger Vergabe mit Angebotsanfragen. Auch hier umfaßt der Betrugsschaden die absprachebedingten Preisaufschläge.

Die Annahme des Tatrichters, ein Vermögensschaden sei mindestens in Höhe der Schmiergeldbeträge und Ausgleichszahlungen entstanden, begegnet

danach keinen rechtlichen Bedenken. Solche sachfremden Rechnungsposten wären bei einer wettbewerbskonformen Preisbestimmung nicht in die Angebotssumme eingeflossen (vgl. BGH NJW 1997, 3034, 3038 = wistra 1997, 336, 340, insoweit in BGHSt 43, 96 nicht abgedruckt).

Die Mitarbeiter der FMG haben infolge ihres Irrtums über die Wettbewerbsbeschränkungen die Aufträge zu Preisen vergeben, die die ohne die unzulässige Absprache erzielbaren Preise überstiegen haben. Damit hat die FMG in beiden Fällen einen Vermögensschaden erlitten.

Darauf, ob der vereinbarte Preis unter dem Selbstkostenfestpreis lag, kommt es nicht an. Das in § 25 VOB/A enthaltene Verbot eines Zuschlags bei "unangemessen niedrigen Preis(en)" soll lediglich verhindern, daß das beauftragte Unternehmen aufgrund eines ruinösen Wettbewerbs in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und so den Auftrag nicht mehr ausführen kann. Dagegen besteht für die öffentliche Hand kein Hindernis, auch sogenannte Unterkostenpreise zu akzeptieren, sofern der Anbieter – wie hier – zu diesen Preisen zuverlässig leisten kann (BGH NJW 1995, 737; wistra 2001, 103).

Nachdem es ausschließlich darauf ankommt, ob der Auftraggeber einen höheren Preis versprochen hat, als ohne die Preisabsprache zustande gekommen wäre, ist es auch unerheblich, ob der vereinbarte Preis den Wertvorstellungen des Marktes entsprach (vgl. BGHSt 38, 186, 193 = NJW 1992, 921) oder ob nach einem Abschlag in Höhe von 1 % ein den Wertvorstellungen des Marktes entsprechender Preis erreicht wurde.

2. Der Strafausspruch begegnet im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken.

Im Fall 2 beträgt der Schaden zumindest 2,7 Millionen DM, weil die Zuschläge für "Freunde" und für "Freude am Bauen" in dieser Höhe in die Kalkulation einbezogen worden sind. Ob der achtprozentige Geschäftskostenanteil und die Abstandszahlungen den Schaden erhöht haben und wie sich die Scheinrechnungen dazu verhalten, wird aus den Urteilsgründen nicht völlig deutlich. Das Landgericht geht zwar von einem Schaden in Höhe von insgesamt 5 Millionen DM aus, die Feststellungen ergeben aber insoweit keine ausreichend tragfähige Berechnungsweise. Der Senat geht deshalb zugunsten des Angeklagten davon aus, daß der Schaden 2,7 Millionen DM nicht übersteigt. Dennoch kann der Senat im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles ausschließen, daß sich die Verringerung des Schuldumfangs auf die Bemessung der Freiheitsstrafe ausgewirkt hätte. Die Erwägungen des Landgerichts zur Wahl der Strafarten (Freiheitsstrafe und Geldstrafe), zum Verzicht auf eine Gesamtstrafenbildung und zur Strafaussetzung zur Bewährung sowie die Höhe der Bewährungsaufgaben zeigen, daß im Rahmen schuldangemessenen Strafs eine zwei Jahre nicht übersteigende Freiheitsstrafe verhängt werden sollte, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden konnte. Alle Darlegungen zeigen, daß das hohe Alter des Angeklagten und die lange Verfahrensdauer im Vordergrund standen, die Annahme einer minderen Schadenshöhe also nicht zu einer Strafmilderung hätte führen können.

3. Die erhobenen Verfahrensrügen sind aus den Gründen, die der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift angeführt hat, unbegründet.

Schäfer

Nack

Kolz

Hebenstreit

Schaal